Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XXXI.

Verſuch einer Berichtigung der gewöhnlichen Theorie über proceßhindernde Einreden.

Von Mittermaier.

§. 1.

Die Reichsgeſetze enthalten die Vorſchrift, daß der Beklagte in der Regel unbeſchränkt und rein ſich beſtimmt und ſpeciell auf die vorgebrachte Klage einlaſſen, und über die in der Klageſchrift enthaltenen Thatſachen dahin ſich erklären ſoll, in wieferne er jede dieſer Thatſachen zugeſtehe oder verneine. Dieſe Erklärung des Beklagten (Kriegsbefeſtigung, Litiscontеſtation), welche nicht als ein bloſes Vertheidigungsmittel [1]) betrachtet werden darf, iſt eine weſentliche Handlung [2]) und liefert die beſte Grundlage des Proceſſes, inſoferne ſie dem Richter zeigt, welche Thatſachen im Proceſſe zugegeben, welche noch ſtreitig ſeyen, und inſoferne ſie den Verhandlungen der Parteien die nöthige Richtung gibt. — Weiſe verlangen da[illegible] die Reichsgeſetze, daß der Beklagte, auch wenn er Einreden vorzubringen hat, ihr Vorbringen immer mit der Litiscontеſtation verbinde. Nur in einigen Fällen kommen von der Vorſchrift Ausnahmen vor. A) Zuweilen iſt der Beklagte blos von der Verpflichtung, pure litem zu conteſtiren, befreit, bleibt aber zu einer eventuellen Einlaſſung in den Streit verbunden, und zwar im Falle des Vorbringens dilatoriſcher Einreden. B) Zuweilen iſt der Beklagte nicht einmal zur eventuel-

1) Als ſolche betrachtet Gönner im Handbuche. II. Bd. S. 180. die Litiscontеſtation; daraus folgt auch ſeine unrichtige Behauptung, daß es keine affirmative Litiscontеſtation gäbe, daraus fließt auch ſeine unrichtige Ausdehnung des Begriffs der Contumacia.

2) Am beſten iſt das Weſen der Litiscontеſtation in Goldſchmidts trefflicher Schrift; über Litiscontеſtation (Frankfurt 1812) entwickelt.

len Litiscontestation verbunden, a) und zwar bei den Gerichtsstandablehnenden Einreden [3]), b) nach einer gewöhnlichen Behauptung bei der exceptio spolii [4]), c) und, wie man annimmt, bei den proceßhindernden Einreden.

In wiefern die Behauptung in Ansehung der exceptio spolii begründet sey, soll in einer spätern Abhandlung untersucht werden, der Gegenstand des gegenwärtigen Aufsatzes soll die proceßhindernden Einreden seyn, deren Betrachtung nicht ohne Werth seyn dürfte, da fast alles bestritten ist. Man streitet nicht blos darüber, welche Arten von Einreden zu diesen so sehr privilegirten gehören, sondern auch die Bedingungen, unter welchen das Privilegium solchen Einreden zukommen soll. Als entschieden dagegen nimmt man es an, daß es solche Einreden gebe, welche von jeder Litiscontestation befreiten. Am besten wird die Erörterung mit beständiger Entwicklung der Gesetze gelingen, wenn drei Fragen untersucht werden: I. Welche Einreden gehören zu denjenigen, welche, nach den Gesetzen, auch ohne die sonst vorgeschriebene unbeschränkte reine Litiscontestation vorgebracht werden dürfen? II. Unter welchen Bedingungen kann eine Einrede auf die gesetzliche Befreiung Anspruch machen? III. In wieferne befreien diese Einreden völlig oder zum Theile von der Kriegsbefestigung und welch Verfahren tritt dabei ein?

§. 2.

Es ist bekannt, daß der Sitz der Lehre von den proceßhindernden Einreden in dem canonischen Rechte und zwar in C. 1. de litiscont. in 6to gesucht wird [5]), und man hat schon oft bemerkt, daß bloß das unbestimmte Wörtchen finita die Veranlassung zu den vielen Streitigkeiten gegeben hatte, bei welchen man das Wahre nie leicht finden konnte, weil man weder das römische Recht zu Rathe ziehen, noch die Reihe der reichsgesetzlichen Bestimmungen [6]) prüfen mochte. Schon die

---

3) Jüngst. Reichsabsch. v. 1654. §. 40.

4) C 2. et 4. X. de ordin. cognit.

5) C. 1. de litiscont. in 6. Exceptiones peremtoriae seu defensionis cujuslibet principalis cognition. negotii contingentis ante litem contestatam objectus nisi de re judicata, transacta, seu finita, excipiat litigator, litiscontestationem non impediat, nec retardet.

6) Es ist auffallend, wenn Gönner in seinem Handb. IV, Bd. nr. 78 die reichsgesetzlichen Bestimmungen gar nicht erwähnt, und einmal sogar über ihr Stillschweigen sich beklagt.

Gloſſe fand in der Auslegung der canoniſchen Stelle Schwierigkeiten, beſchränkte aber doch dieſe Einreden auf einige wenige, ſpätere Juriſten dagegen dehnten die Beſtimmung aus und verſtanden unter proceßhindernden Einreden entweder alle diejenigen, welche ipso jure die Obligation und Action aufheben, wobei man glaubte daß der Pabſt auf den Titel Digest. quar. rerum actio non datur geſehen habe [7]), oder ſie rechneten dahin alle peremtoriſchen Einreden, welche in continenti liquid gemacht werden können, z. B. durch Urkunden [8]). oder welche exceptiones juris ſind, und keinen Beweis brauchen, z. B. excepl. sc. Macedoniani, Velejani etc. [9]). Von den neueren Juriſten blendende vorzüglich Gönner [10]) Richter und Rechtsgelehrte durch ſeine Behauptung, daß alle peremtoriſchen ſchnell zu liquidirende Einreden einen Executivproceß begründeten, und nach dem Grundſatze der Gleichheit der Rechte der Parteien ein ſchleuniges Verfahren, und den Vortheil der Befreiung von der Litisconteſtation gewähren könnten. Von den neueſten Rechtsgelehrten hat Gerſtendingk [11]) dieſe Einreden wieder mehr beſchränkt. Es ſey erlaubt, zuerſt der Reihe nach die Ausſprüche der Geſetze über dieſe Lehre aufzuführen.

§. 3.

Wenn auch das römiſche Recht nicht ausdrückliche Beſtimmungen über proceßhindernde Einreden enthält, ſo hat man doch Unrecht gehabt, wenn man auf die Stelle des römiſchen Rechts, welche auf die canoniſche Beſtimmung unfehlbar Einfluß hatte, keine Rückſicht nahm. Schon die Gloſſe zu dem L. 1. de litiscont. in 6to ſetzt zu den Worten finitia die Worte hinzu: per consensum vel per longum silentium, und bemerkt, daß die Worte der Geſetzſtelle aus dem römiſchen Rechte, nämlich aus L. 1. §. ult. Dig. ad Sc. Tertulian. [12]) en-

---

7) Dies iſt die Anſicht J. H. Böhmers jus eccles. protestant. lib. II. tit. 25. §. 9.

8) Die Schriftſteller für dieſe Meinung bei Wehrn theor. prakt. Grundr. der Lehre von gerichtl. Einwendungen S. 9.

9) Schaumburg princ. praxeos jur. p. 133. §. XI. p. 134.

10) Gönner Handbuch des bürgerl. Proc. IV. Thl. nr. 18.

11) Gerſtending alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten (Greifswalde 1818) S. 125.

12) L. 1. ult. D. ad Tertull. quod ait Senatus: quae judicata transacta finitave sunt, rata maneant: ita intelligendum est, ut judicata accipere debemus ab eo, qui judicandi jus fuit, transacta scilicet bona fide, finitia vel consensu, vel longo silentio sopita.

klärt werden müßten, was auch, wenn man beide Geſetzſtellen und die Sitte der Päbſte, auf römiſches Recht Rückſicht zu nehmen, oder die Entſtehungsart des canoniſchen Rechts betrachtet, nicht bezweifelt werden kann. Dieſe römiſche Stelle beweiſet aber auch, in welchem Sinne das Wort: finita in C. 1. de litiscont. in 6to genommen worden iſt, und fordert den Richter auf, nur in dem gewiß nicht auszudehnenden Sinne die Stelle zu verſtehen, das finita alſo nicht auf irgend einen Aufhebungsgrund der Obligation, alſo auf eine peremtoriſche Einrede, ſondern nur auf ſolche eine Einrede zu beziehen, welche die Behauptung einer Thatſache enthält, durch welche juriſtiſch das ganze Rechtsverhältniß unter den Parteien eben ſo als aufgehoben erſcheint, wie dies durch rechtskräftiges Urtheil oder Vergleich geſchieht, alſo durch rechtsgültige Renunciation (consensu) oder durch Verjährung des Streites als ſolchen (longo silentio sopita). In ſolchem Sinne betrachtet auch der, bey der Auslegung canoniſcher proceſſualiſch wichtiger Rechtsbeſtimmungen wohl zu Rathe zu ziehende, G. Durand [13]) der Speculator, die proceßhindernden Einreden; obwohl er die exceptio juris jurandi ebenfalls dahin rechnet, in Anſehung der exceptio praescriptionis aber zweifelt. Dagegen gibt er ſehr gut nr. 43. den Grund des Unterſchieds zwiſchen einer einfachen peremtoriſchen Einrede und einer proceßhindernden an: quia ex quo semel fuit controversia et est sententia lata non vult princeps per suum rescriptum lites sopitas iterum resuscitari.

Auf dieſe Art hob man aus der Klaſſe der Einreden, welche man, als proceßhindernde inſoferne betrachtete, daß, wenn der Beklagte ſie vorbringen konnte, er nicht ſchuldig war, litem zu conteſtiren, und ſo von der gewöhnlichen Vorſchrift: daß die peremtoriſchen Einreden nicht vor der Litisconteſtation vorgebracht werden ſollten, befreit blieb. Dieſe Anſicht des canoniſchen Rechts ging nun auch in die Reichsgeſetzgebung über. In dieſer war es beſonders wichtig, anzugeben, in welchem der verſchiedenen Termine jedes Vertheidigungsmittel vorgebracht werden mußte, und inwieferne der Beklagte zur Litisconteſtation, auf welche ſchon die frühere Reichsgeſetzgebung drang [14]), verbunden ſey.

---

13) Speculum juris a G. Durand. Francf. 1593. lib. II. part. I. nr. 34 — 43. pag. 167.

14) Cammergerichtsordnung von 1500 §. XIII. in der neuen Sammlung d. Reichsabſchiede. II. Thl. S. 74.

Schon die Cammergerichtsordnung von 1508 [15]) ſpricht den Grundſatz aus: „noch vor Befeſtigung des Kriegs werden noch ſollen die endlichen Exceptiones nicht fürgewendet werden, C. 1. de litiscont. in 6to, es wäre denn die Auszüge, da die Sache mit Urtheil entſchieden, vertragen, oder der Krieg vollendet wäre.“ Durch dieſen Ausſpruch iſt die Beſtimmung des canoniſchen Rechts in die Reichsgeſetze aufgenommen, und es zeigt ſich zugleich, daß man nur jene Einreden als zuläſſig von der Litiscontestation betrachtete, welche ſchon das canoniſche Recht als exceptiones controversiae finitae anſah. Die Cammergerichtsordnung v. 1521 [16]) erwähnt zwar ausdrücklich nicht dieſer Einreden, ſondern ſpricht blos von den dilatoriſchen Exceptionen, welcher der Beklagte in der zwölften Audienz in ordinariis und in extraordinariis in der ſechsten Audienz vorbringen mußte. Eine ausdrückliche Vorſchrift über die ſogenannten proceßhindernden Einreden hielt man nicht für nöthig, da ſich in der Reichsgeſetzgebung ſchon die Anſicht feſtgebildet hatte, dieſe Einreden ganz wie die dilatoriſchen zu betrachten. Aus dieſem Grunde erhielten auch dieſe Einreden die Bezeichnung: exceptiones peremtoriae in vim dilatoriarum, d. h. Einreden, welche zwar peremtoriſcher Natur, auch nach den Vorſchriften, die über peremtoriſche Einreden gelten, zu beurtheilen wären, und nicht vor der Litiscontestation vorgebracht werden dürften, welche aber wegen des beſonderen Privilegiums (C. 1. de litiscont. in 6to) nach den über die dilatoriſchen Einreden geltenden Beſtimmungen behandelt werden dürfen. Daher ſchreibt auch die Cammergerichtsordnung von 1523 [17]) vor: nach Verkündigung der ausgebrachten Citation und Ladung in Sachen simplicis querelae, das iſt erſt Rechtfertigung, ſoll der Kläger dieſelbe auf den erſten Termin produciren und gerichtlich mit ihrer Verkündigung ſammt ſeinem Gewalt auch Libell oder Klag ſämmtlich einbringen und dagegen der Antworter auf die acht Audienz in ordinariis und in extraordinariis auf die zweit nachfolgende alle ſeine dilatorias exceptiones oder peremtorias in vim dilatoriarum, ob er die hätt, articulirt in Schriften in Gericht überantworten.“

Und gleichförmig beſtimmt die Cammergerichtsordnung von

---

15) Cammergerichtsordnung von 1508 IV. §. 1. in der neuen Sammlung der Reichsabſchiede, II. Th. S. 129.

16) In der neuen Samml. der R. A. II. Thl. S. 185.

17) Cammer G. O. v. 1523. tit. III. §. 1. in neuer Samml. d. R. A. II. Thl. S. 246.

1527 [18]), welche von den proceßhindernden Einreden schon den Ausdruck: litis contestationem impedientes, braucht: „der Beklagte soll seine exceptiones, ob er die hat, contra formalia oder dilatorias, etiam litiscontestationem impedientes Inhalt der jüngsten Wormsischen Ordnung in der 6ten Audienz vorbringen.“

Kräftiger, als die früheren Cammergerichtsverordnungen, drang nun die C. G. Ordnung v. 1552 [19]), daß der Beklagte sogleich immer auf den ersten Termin zu antworten und litem zu contestiren schuldig sey; nur in Ansehung der hier in Frage stehenden Einreden ist verordnet: „sofern nach Einbringung der Klage der Antworter nicht dilatorias oder andere Exceptiones, dadurch das Recht verhindert, oder aufgehoben, oder die Kriegsbefestigung verhindert würde, fürzubringen hätte, daß alsdann derselbige in ordinariis in der zwölften und der in extraordinariis in der sechsten Audienz auf die Klage zu antworten und den Krieg zu befestigen schuldig sey.

Vom Jahr 1570 an ging nun mit der Vorbringung der Einreden eine neue bedeutende Veränderung vor. Bisher wurde der Beklagte durch das Vorbringen dilatorischer und der ihnen gleichgestellten peremtor. except. in vim dilator. von der Verpflichtung der Litiscontestation frei; es mußte zuerst über diese Einreden verhandelt und entschieden werden, worauf erst nach Beschaffenheit dieser Entscheidung Litiscontestation nöthig werden konnte. Die Ueberzeugung der Reichsgerichte aber, daß dadurch zu große Verzögerung im Processe entstehe, daß die Parteien zu oft unter dem Vorwande solcher Einreden sich von der Litiscontestation zu befreien suchten, bewog die Reichsgesetzgebung, in dem Reichsabschiede von 1570 [20]), zu verordnen: „soll der Beklagte im zweiten Termin seine declinatorias oder andere exceptiones, dadurch das Recht differirt oder die Kriegsbefestigung verhindert werden soll, zu produciren, daneben in scriptis litem eventualiter, oder aber da dergleichen Einreden keine bevor, litem pure zu contestiren schuldig seyn.“ Durch diese Vorschrift verloren die bisher so sehr privilegirten Einreden, daß sie von aller Litiscontestation befreiten, ihre Natur, sie mußten nun, wie alle dilatorischen Einreden, welchen sie gleichgestellt waren, auch mit einer eventuellen Litiscontestation vorgebracht werden, und befreiten daher nur

---

18) Cammer G. O. v. 1527. §. 9.

19) Cammer G. O. v. 1555. tit. XXIV.

20) Reichsabsch. v. 1570. §. 89. in d. neuen Samml. d. R. A. II. Thl. S. 299.

mehr von der litiscontestatio pura, mit der ferneren Wirkung, daß über sie, wie über die dilatorische Einreden, vor allem verhandelt und entschieden werden muß. Diese Bestimmung ist in dem Reichsabschied von 1594 [21]) in §. 59. auch wörtlich, wie sie 1570 vorkömmt, wiederholt, noch energischer aber ist in §. 63 ausgesprochen: „setzen demnach, ordnen und wollen, damit sich Niemand Uebereilens zu beklagen, männiglich schleunigen Rechtens verholfen, hergegen alle Verweilung und Verzüglichkeit der Proceße abgeschnitten, daß in Sachen simplicis querelae nach eingebrachter Klage der Beklagte im zweiten Termin seine exceptiones declinatorias et dilatorias seu litis ingressum impedientes cum eventuali litiscontestatione einbringen, oder da er solche exceptiones nicht hat, litem pure zu contestiren schuldig sey; hernach aber wenn der Gegentheil darüber nothdürftig gehört, in tertio termino und über solche fürgewendete exceptiones declinatorias, dilatorias, et litis ingressum impedientes durch den Richter gesprochen."

Der jüngste Reichsabschied von 1654 erwähnt zwar nicht namentlich und ausdrücklich dieser Einreden, enthält aber doch eine darauf bezügliche Vorschrift. Nachdem der J. R. A. vorschreibt §. 37, daß mit der Kriegsbefestigung alle Einreden auf einmal bei Strafe der Präclusion vorgebracht werden sollen, bestimmt er im §. 38, daß der Beklagte, wenn er verzügliche oder andere dergleichen Exceptiones vorzunehmen hätte, alle im ersten Termin vorbringe, und verweiset auf die früheren Cammergerichtsordnungen und Abschiede. Da es nun bekannt ist, daß schon die früheren Reichsgesetze ununterbrochen die peremtorischen Einreden, welche C. 1. de litiscont. in 6to vollständig ohne Litiscontestation vorbringen ließ, den dilatorischen schon durch die Bezeichnung: exc. peremtoriae in vim dilatoriarum und auch in Ansehung der Wirkung gleichstellten, da auch der Reichsabschied v. 1594, auf welche der von 1654 verweiset, sie so betrachtet, so kann kein Zweifel seyn, daß der J. R. A. die sogenannt proceßhindernden Einreden unter den Worten: andere dergleichen Exceptiones, d. h. den dilatorischen gleichgestellte, verstanden, und in Bezug auf sie alles vorgeschrieben habe, was in Ansehung der dilatorischen Einreden gilt. Da nun nach §. 40 mit den dilatorischen Einreden immer eventuelle Litiscontestation verbunden werden muß, da von dieser Verbindlichkeit nur allein ausdrücklich die except. fori declinatoriae ausgenommen

21) In der neuen Sammlung d. R. A. II. Thl. S. 431.

ſind, ſo iſt auch nach dem J. R. A. mit dem Vorbringen der Einreden, welche der C. 1. de litiscont. in 6to bezeichnet, immer eine eventuelle Litisconteſtation zu verbinden, und der J. R. A. hat daher nur ſtillſchweigend beſtätigt, was die früheren Reichsgeſetze ſchon ausdrücklich feſtgeſetzt hatten.

§. 4.

Aus dem bisher Angeführten ergibt ſich, daß die Reichsgeſetze, veranlaßt durch das canoniſche Recht, immer einige an ſich peremtoriſche Einreden aus der Claſſe der gemeinen peremtoriſchen hervorgehoben und ſie beſonders privilegirt haben. Nach dem canoniſchen Rechte und nach den früheren Reichsgeſetzen waren dieſe Einreden wirklich im Stande, von der Litisconteſtation zu befreien, nach den ſpäteren Geſetzen dagegen bewirkten ſie nicht mehr, als die dilatoriſchen Einreden wirken konnten, ſie befreiten nicht von der Kriegsbefeſtigung überhaupt, ſondern berechtigten nur den Beklagten, eine eventuelle Litisconteſtation vorzubringen. Daraus zeigt ſich aber auch, daß dieſen Einreden der Name: proceßhinderude, mit Unrecht beigelegt werde, ſie ſind dies weder in dem Sinne, daß durch ihr Vorbringen jedes weitere Verfahren abgeſchnitten werden kann, indem ſowohl über Zuläſſigkeit als Beweis, als über die Wirkung dieſer Einreden eine Verhandlung Statt findet, noch in dem Sinne, daß ſie die Streitseinlaſſung hinderten, wie dies die exceptio fori declinatoria kann. Man muß vielmehr behaupten; daß es nach den geltenden Reichsgeſetzen keine proceßhindernden Einreden gebe. Mit Unrecht hat man daher auch die Analogie der gerichtsſtandablehnenden Einreden auf ſie angewendet, und dabei die richtige, klar in den Reichsgeſetzen ausgeſprochene, Gleichſtellung mit den dilatoriſchen Einreden überſehen. Dies Miskennen der richtigen Anſicht veranlaßte aber auch ungegründeten Behauptungen und Forderungen in Anſehung der Bedingungen, unter welchen dieſe Einreden zuläſſig ſeyn ſollten; da man glaubte, daß es Einreden gebe, welche die Kraft hätten, von aller Litisconteſtation zu befreien ſo hielten es auch beſſere Juriſten für Pflicht, das Vorbringen dieſer Einreden an gewiſſe Bedingungen zu knüpfen, und ſo entſtand auch die, wie ſich unten wird zeigen laſſen, nicht zu rechtfertigende Forderung, daß die ſogenannten proceßhindernden Einreden in continenti liquid ſeyn müßten.

Betrachtet man die Anſicht der Reichsgeſetze auch legislativ, und nach ihren Gründen, ſo ſcheint zwar in der Verfügung, daß auch derjenige, welcher bereits mit ſeinem Gegner den nämlichen Gegenſtand geſtritten und rechtskräftiges obſiegliches Urtheil für ſich bewirkt, oder gültigen Vergleich erhalten hat,

noch in den Streit, welchen der Gegner wieder hervorzieht, ſich einlaſſen ſollte, eine ſcheinbar nicht zu billigende Härte und Unzweckmäßigkeit zu liegen, und es ſcheint viel zweckmäßiger, wenn in ſolchen Fällen der Beklagte von jeder Streitseinlaſſung völlig befreit und nach einer ſummariſchen Unterſuchung ſeiner vorgeſchützten Einrede losgeſprochen wird. Allein betrachtet man genau den Zweck und die Abſicht der Reichsgeſetzgebung bei der ſtrengen Forderung der Litisconteſtation, die man immer als die weſentliche Grundlage des ganzen Proceſſes anſehen muß, erwägt man die einflußreichen Vortheile der Eventualmaxime[22]), ſo muß man mit der Reichsgeſetzgebung einſehen, daß das Vorbringen ſolcher Einreden häufig nur aus Chicane und aus der Abſicht der Proceßverzögerung geſchehe, daß es daher zweckmäßig ſey, wenn für den Fall, daß die Einrede unzureichend befunden wird, alles dies im Proceſſe ſchon gegeben iſt, was weſentlich für den Richter und die Parteien erſcheint, daß alſo dadurch Zeit gewonnen, und für jeden möglichen Fall vorgeſorgt wird; erwägt man dazu, daß, ſo ſcheinbar proceßaufhebend dieſe Einreden ſind, doch immer auch viel Streit, z. B. über Wirkung rechtskräftiger Urtheile, über geſetzliche Erforderniſſe des Vergleichs ꝛc. vorkommen kann, berückſichtigt man daß es keine harte Forderung an den Beklagten iſt, wenn er die Klage ſpeciell beantworten muß, daß vielmehr eine ſolche Beantwortung dem Richter, wenn er den Werth und den Einfluß der vorgebrachten Einreden richtig beurtheilen will, nothwendig iſt, ſo kann man die Zweckmäßigkeit der reichsgeſetzlichen Anordnung einer eventuellen Litisconteſtation nicht verkennen.

Freilich ſcheint es, daß auf dieſe Art die bisher als proceßhindernde aufgeführten Einreden gar keinen wahren Werth und Vorzug vor andern Einreden hätten, und daß daher der Beklagte durch ihr Vorbringen nichts gewinne, da er doch litem conteſtiren muß. Allein näher gewürdiget ergibt ſich auch eine andere Anſicht. Alle Einreden, welche die früheren Reichsgeſetze exceptiones litis ingressum impedientes nannten, ſind eigentlich peremtoriſche Einreden, als ſolches vorgebracht befreiten ſie den Beklagten nicht von der reinen Litisconteſtation und wurden, wie alle übrigen peremtoriſchen Einreden, gemeinſchaftlich im Hauptproceſſe mit allen andern Punkten verhandelt, es wurde daher replicirt, duplicirt, auf Beweis geſprochen, und erſt nach einem langen Beweis- und Gegenbeweisverfahren wurde endlich im Haupturtheile über die Wirkung die-

22) Die Natur und Wirkung dieſer Maxime iſt trefflich geſchildert in Gensleys Beitrag zur Geſetzgebung für die Verfaſſung der teutſchen Gerichte. (Heidelberg 1818) S. 6.

ſer Einreden entſchieden; der Beklagte alſo z. B., welcher die exceptio rei judicatae anführen konnte, mußte einen neuen Rechtsſtreit durchkämpfen, und alle ſonſt im ordentlichen Proceſſe gewöhnlichen Verhandlungen ſich gefallen laſſen. Dadurch aber, daß die Rechtsgeſetzgebung gewiſſe an ſich peremtoriſche Einreden den dilatoriſchen gleichgeſtellt hat, gewinnt der Beklagte, welcher ſolche Einreden vorbringen kann, alle Vortheile, welche mit dem Vorbringen verzögerlicher Einreden verbunden ſind, er hat daher den Vorzug, daß über ſeine Einrede, wie über eine dilatoriſche, vor allem und mit Suspenſion des Verfahrens über die Litiscontestation und den Hauptpunkt verhandelt, ſeine Einrede daher aus der Claſſe der peremtoriſchen herausgehoben, und ihm möglich gemacht wird, den weitern Hauptbeweis abzuſchneiden, ſobald ſeine Einrede als liquid und zureichend befunden wird, und er hat ſelbſt mehr Vortheil, als derjenige, welcher nur dilatoriſch Einreden vorbringt, da er durch ſeine Einrede z. B. des rechtskräftigen Urtheils, den ganzen Proceß für immer abſchneidet, und definitive von der Klage entbunden wird, während der Andere nur für eine Zeit von der Einlaſſung in den Streit unter den vorliegenden Umſtänden befreit wird. Darnach bringt jede ſolche Einrede den Vortheil des Zeitgewinns, und kann in einer Rückſicht, nämlich inſoferne als ſie ſchneller, als eine andere peremtoriſche Einrede thun kann, den Proceß gänzlich abſchneidet, und den Beklagten aus dem ferneren langwierigen Hauptverfahren befreit, eine proceßhindernde genannt werden.

§. 5.

Prüft man, nach den bisher dargeſtellten reichsgeſetzlichen Grundſätzen, die verſchiedenen, über die proceßhindernden Einreden von den Rechtsgelehrten entwickelten Anſichten, ſo kann man keiner derſelben Beifall geben. Böhmers und Schaumburgs Theorien haben ohnehin nie allgemeinen Eingang gefunden, und bedürfen keiner umſtändlichen Widerlegung. Die Anſicht des Erſteren beruht auf dem unhaltbaren, von den modis tollendi obligationem hergenommenen, aber nicht auszudehnenden, Unterſchied der Exceptionen, welche ipso jure obligationem et actionem tollunt, von Anderen da keine obligatio ope exceptionis erlöſcht, ſondern ſchon erloſchen ſeyn muß, wenn von exceptio, die nur Vorſchützung des Erlöſchungsgrundes iſt, die Rede ſeyn ſoll [23]). Auch die Beziehung Böhmers auf den Titel quarum rerum actio non da-

23) Tabelow, Reviſion des Pandecten Rechts, I. Thl. S. 430.

tur (XLIV. 5) ist vergeblich, da der Titel höchstens über die Zulässigkeit der exceptio jurisjurandi entscheiden könnte, und seine Annahme von proceßhindernden Einreden, als von solchen, die das Verfahren nach römischem Processe schon vor dem Prätor zerstörten, kann bei uns nicht angewendet werden, da schon das neuere römische Recht den Unterschied im Verfahren zwischen praetor und judex pedaneus nicht mehr kannte. Die ganze Ansicht widerspricht aber auch überhaupt den deutlichen Aussprüchen der Reichsgesetze. Schaumburgs Meinung ist um so weniger haltbar, als sich ein fester Unterschied zwischen exceptiones juris et facti nicht begründen läßt, da vielmehr jede exceptio in einer Rücksicht exc. juris und in einer andern facti ist.

Am meisten Eingang hat bei den Rechtsgelehrten die Ansicht gefunden, daß jede peremtorische Einrede, welche in continenti liquid gemacht werden könnte, auch als proceßhindernde Einrede zulässig sey, und von der Litiscontestation befreie. Diese Ansicht läßt sich aber durchaus nicht rechtfertigen. 1) Sie steht im geraden Widerspruche mit den gesetzlichen Aussprüchen, nach welchen mit jeder peremtorischen Einrede eine umwundene unbeschränkte Litiscontestation verbunden werden muß. Wollte man nun jede peremtorische Einrede, wenn sie nur schnell liquid gemacht werden kann, von der Litiscontestation doch befreien lassen, so würde man dadurch die reichsgesetzliche Verfügung geradezu aufheben, jeder Beklagte würde, um Zeit zu gewinnen, seine gemeine peremtorische Einrede mit scheinbar liquiden Beweisen versehen, und sich so von der Litiscontestation befreien, das weise Gesetz würde umschifft und die gute Absicht der Gesetzgebung, welche energisch auf die Litiscontestation dringt, vereitelt werden; was der Richter um so weniger zugeben kann, da die Gesetze die Litiscontestation als eine wesentliche Handlung erklärt haben. 2) Da, wie gezeigt worden, die Reichsgesetze immer nur diejenigen Einreden, welche C. 1. de litiscont. in 6to als privilegirt betrachtete, hervorhob, so könnte die Ansicht nur dann begründet seyn, wenn sich zeigen ließe, daß eine peremtorische Einrede durch die an ihr Vorbringen geknüpfte schnelle Liquidität des Beweises eine wahre exceptio litis finitae werde, wie die Gesetze die exceptio rei judicatae et transactae als solche betrachten. Dies läßt sich aber nie zeigen, denn weder die Worte: exc. litis finitae, also einer Thatsache, wodurch ein schon begonnener Rechtsstreit wieder aufgehoben worden ist, passen auf die peremtorische Einrede z. B. der Zahlung, da dadurch kein Streit beendiget worden ist, noch der Grund des Gesetzes läßt sich anwenden, wie sich dies unten ergeben wird, jetzt aber

ſchon klar erhellt, wenn man erwägt, daß durch dieſe Anſicht jede exceptio peremtoria in eine exceptio litis finitae ſich verwandeln ließe, und die reichsgeſetzliche Beſtimmung ganz überflüſſig würde. 3) Die Reichsgeſetze ſcheiden beſtimmt die peremtoriſchen von den dilatoriſchen Einreden, und geben für jede dieſer Arten eigene, nur auf ſie paſſende, Vorſchriften. Nur bei wenigen peremtoriſchen Einreden haben ſie eine Ausnahme gemacht, und ſie als exceptiones peremtoriae in vim dilatoriarum den dilatoriſchen Einreden gleichgeſtellt, dadurch aber auch ausgeſprochen, daß der Richter bei allen übrigen Einreden ſtrenge die Regel befolgen müſſe (exceptio firmat regulam). Wäre aber die gewöhnliche Anſicht richtig, ſo würden dadurch peremtoriſche und dilatoriſche Einreden zuſammengeworfen, und alle peremtoriſche Einreden in exc. in vim dilatoriarum verwandelt werden können. 4) Noch weniger kann man die Anſicht billigen, wenn man erwägt, welche Streitigkeiten von jeher darüber geführt wurden, wodurch eine Einrede ſogleich liquid gemacht werden könne [24]), da einige Rechtslehrer blos durch Urkunden, andere auch durch klare Vermuthungen, andere ſelbſt durch Zeugenausſagen, und andere ſogar durch Eideszuſchiebung eine Liquidität begründen laſſen. Es würde daher immer davon abhängen, welche beſchränkte oder ausgedehnte Anſicht über Liquidität der Richter hätte, und Streitigkeiten, ob Liquidität da ſey, ob daher die Einrede eine Proceßhindernde ſeyn könne, wäre unvermeidlich. Nun kann es aber die Abſicht der Reichsgeſetze nicht geweſen ſeyn, ſolche Streitigkeiten darüber, ob die Litisconteſtation verweigert werden dürfe, zu begünſtigen, es darf vielmehr angenommen werden, daß die Geſetze das Merkmal einer exceptio litis ingressum impediens nicht in einer äußeren zufälligen, einem Streite in jedem Falle unterworfenen, Eigenſchaft der Beweisführung, ſondern in dem Weſen und dem Inhalte der Einreden ſelbſt aufſuchen wollten. 5) Betrachtet man dazu noch, was die Erfahrung immer den Richter lehrt, wie viele Streitigkeiten darüber unvermeidlich ſind, ob die vorgeſchützte Einrede eine proceßverhindernde iſt, wie in der Regel die peremtoriſche Einrede neben dem Läugnen beſteht, und eine Beweisführung von Seite des Klägers nicht ausſchließt, wie häufig auch aus einer peremtoriſchen Einrede, wenn ſie noch ſo vollſtändig bewieſen iſt, die völlige Losſprechung des Beklagten von der Klage nicht folgt; ſo kann auch deswegen die Anſicht nicht gebilliget werden.

---

24) Die verſchiednen Anſichten der Schriftſteller bei Wehrn Grundr. d. Lehre v. d. Einwendungen. S. 18. 23.

b) Wenn man ſich zwar zur Rechtfertigung der Anſicht auf die Analogie der Gerichtsſtandablehnenden Einreden berufen will, bei welchen die Geſetze wirklich keine Litisconteſtation verlangen, ſo kann daraus kein Grund hergenommen werden; denn a) die Gerichtsſtandablehnende Einrede iſt immer von der Art, daß über ihre Zuläſſigkeit ſowohl, als über ihre Beſcheinigung, kein großer Streit entſtehen kann, und daher die Befreiung des Beklagten, ſich vor dieſem Gerichte einzulaſſen, leicht ausgeſprochen werden kann, was bei peremtoriſchen Einreden nicht der Fall iſt; b) dieſe Einrede iſt nur proviſoriſches Schutzmittel, befreit den Beklagten nicht völlig, ſondern nur von dieſem Gerichte, während durch eine peremtoriſche Einrede der Beklagte völlige Befreiung von der Klage bewirken will, was nicht ſo leicht nach einer oberflächlichen Verhandlung ausgeſprochen werden kann, wenn man nicht ungerecht gegen den Kläger ſeyn will. c) Es liegt in der Natur der Gerichtsſtandablehnenden Einrede, daß hier eine Litisconteſtation überflüßig iſt, da ſie der Richter zur Entſcheidung über die Einrede nicht braucht, während bei der peremtoriſchen Einrede über die Hauptklage entſchieden werden ſoll. Endlich zeigt d) gerade das ſpecielle Hervorheben der exc. fori declinator. im Geſetze, daß der Richter nicht befugt ſey, gleichen Vorzug auch Anderen, nicht ausdrücklich eben ſo privilegirten, Einreden zu gewähren. Sodann beruft man ſich 7) darauf, daß es hart wäre, wenn jemand, der einen rechtsgültigen Aufhebungsgrund der Verbindlichkeit, welche der Kläger gegen ihn in Anſpruch nimmt, ſogleich illiquid machen, welcher z. B. die völlige Zahlung der eingeklagten Schuld durch eine Quittung beweiſen kann, ſich doch noch einlaſſen und ſtreiten müßte. Allein es kann eines Theils dieſer Grund das Geſetz höchſtens tadeln, aber nie den Richter zur Aufhebung des Geſetzes berechtigen; es liegt aber auch andern Theils in der Verfügung keine Härte, da es dem Beklagten keinen Schaden bringt, wenn er ſich einlaſſen muß, und er im Falle, wenn er ſo ſchleunigen Beweis ſeiner Einrede führen kann, ja berechtigt iſt, den Beweis ſeiner Einrede zu anticipiren, dadurch alſo in den Stand kömmt, ein baldiges Urtheil zu erhalten, ohne daß er deswegen einer proceßhindernden Einrede oder einer Verweigerung der Litisconteſtation bedürfte.

§. 6.

Nicht weniger Beifall hat in neuerer Zeit Gönners Anſicht gefunden, welche im Grunde nur die ältere bisher angegriffene Theorie iſt, aber auf dem Grundſatze fortbaut, daß die Rechte

der Parteien gleich seyen, daß daher auf dem Wege eines umgekehrten Executionsprocesses dem Beklagten es eben so gestattet seyn müßte, seine peremtorischen Einreden nach dem im Executionsprocesse zulässigen summarischen Verfahren zu beweisen, wie der Kläger seine Klage zu beweisen berechtigt ist. Diese Ansicht treffen alle Einwendungen, welche bisher (§. 5) gegen die ältere Theorie gemacht worden sind, aber zu diesen Einwendungen kommen noch neue, welche die wirklich unbegreifliche Anwendung des Executivprocesses treffen. 1) Der Executivproceß ist immer eine außerordentliche, blos wegen der Begünstigung des Credits bei Geldschulden eingeführte Proceßart, welche ohne gesetzliche ausdrückliche Bestimmungen nicht einmal auf andere Arten von Klagen und noch weniger auf den Beklagten ausgedehnt werden kann, um so mehr als die ganze Ansicht, und die gesetzliche Absicht bei Einführung dieser Proceßart, gar nicht auf die Vorbringung der Einreden paßt. 2) Ein umgekehrter Executivproceß ist aber etwas ganz unjuristisches; denn, wenn auch der Grundsatz: reus excipiendo fit actor, wahr ist, so ist er doch hier nicht anwendbar; bei dem Executivproceß wird ein Verfahren zur Rechtsverfolgung und eine Verurtheilung des Beklagten beabsichtigt, durch das Vorbringen solcher Einreden will aber der Beklagte keine Verurtheilung, keinen Proceß, sondern er will nur frei seyn von fremden Ansprüchen. 3) Der Grundsatz der völligen Gleichheit der Rechte der Parteien ist theils nicht durchaus wahr [25]), theils leidet er hier keine Anwendung, da die Stellung der Parteien völlig verschieden ist. Dem Kläger, welcher durch seine Klage eine Verurtheilung des Beklagten bewirken will, und durch jede Proceßverzögerung bedeutend leidet: weil er den Genuß der ihm zustehenden Rechte entbehrt, muß, wie bei dem Executiv- und Wechselproceß u. dgl. der Fall ist, begünstigt seyn, um früher zu seinem Anspruche zu kommen. Der Beklagte dagegen verhält sich nur passiv, ist im Besitze und Genusse seiner Rechte, kann den Ausgang des Processes ruhig abwarten, und gewinnt in den meisten Fällen sogar durch die längere Dauer des Processes. 4) Das Verfahren des Executivprocesses paßt auch gar nicht auf den Fall, wenn der Beklagte Einreden vorbringt, denn die Urkunde, wodurch Beklagter die exceptio beweiset, müßte dem Kläger ad recognoscendum vel diffitendum vorgelegt werden. Wenn nun Kläger nicht anerkennt, oder eidlich diffitiren will, was folgte daraus für den Beklagten? Wollte man ihn jetzt verurtheilen, oder mit der Ein-

25) Martins Lehrbuch des bürgerlichen Processes. §. 36. S. 44.

rede abweiſen? oder wenn der Kläger im Termine ausbleibt, ſoll jetzt die Urkunde pro recognito gehalten werden? und folgt daraus die gänzliche Abweiſung des Klägers mit ſeiner Klage? Man fühlt bald, wie wenig man mit dieſem Verfahren ausreicht. 5) Da der Executivproceß zu den nicht erſchöpfenden Proceßarten gehört, und dem Beklagten die Einreden, mit welchem er ad separatum verwieſen wird, nicht abgeſchnitten werden, daher immer noch eine ſpätere Ausführung möglich iſt, ſo müßte dies auch bei dem Kläger der Fall ſeyn, der vom Beklagten gelieferte Beweis der Einrede könnte daher für den Kläger doch nur die Wirkung haben, daß er bis auf weiteres abgewieſen würde, da eine erſchöpfende Entſcheidung nicht im Weſen des Executivproceſſes liegt. 6) Eine ſolche Verweiſung des Klägers zum geſonderten Proceſſe, auf die Art, wie der Beklagte mit den exceptionibus actionis indaginis ad separatum im Executivproceſſe gewieſen wird, kann hier keinen Sinn und Zweck haben, da der Kläger nichts zu leiſten hat, wie es bei dem Beklagten der Fall iſt. 7) Beſonders zeigt ſich auch die Mangelhaftigkeit der Gönneriſchen Theorie in einzelnen Fällen, z. B. wenn der Kläger auch eine liquide Replik vorbringen kann; denn, wenn der Kläger auch eine liquide Replik vorbringen kann; denn, will man conſequent ſeyn, ſo muß man ihm auch den Executivproceß in Anſehung ſeiner Replik zugeſtehen, was nur Verwirrung erzeugen würde. 8) Hätte der Kläger eine illiquide Replik vorzubringen, ſo müßte er, ſtreng genommen, damit ad separatum gewieſen und Beklagter losgeſprochen werden, wobei er aber nichts gewinnen wird. — Gewiß ergiebt ſich, jemehr man die Gönneriſche Theorie verfolgt, ihre Mangelhaftigkeit.

§. 7.

Was nun eine wahre proceßhindernde Einrede im älteren reichsgeſetzlichen Sinne, oder eine exceptio peremtoria in vim dilatoriae ſey, zeigt ſich am beſten, wenn man den Ausſprüchen der Geſetze ſelbſt folgt, wobei man ſich freilich bald überzeugen wird, daß nur wenige Einreden hierher gehören. I. Es muß eine peremtoriſche Einrede ſeyn, weil nur bei ſolchen die Frage, in wie ferne von reiner Litiscontestation befreit ſey, einen Sinn haben, und nur als Folge einer ſolchen die völlige Losſprechung des Beklagten eintreten kann. II. Es muß eine Einrede ſeyn, deren Vorſchützung die Behauptung des Daſeyns eines Rechtsactes enthält, durch welchen der Streit als ſolcher auf rechtsgültige Art beendiget werden kann. III. Daß zu dieſen Einreden die Einrede A) eines rechtskräftigen Urtheils, und B) die des Vergleiches gehöre, haben die

Geſetze ausdrücklich ausgeſprochen; aber auch C) die exceptio litis finitae erhält leicht ihre wahre Bedeutung, wenn man nur die Beendigungsarten der Verbindlichkeiten und Rechtsverhältniſſe von den Aufhebungsarten eines Rechtsſtreites trennt. Nur aus den letzteren kann die exceptio rei finitae hervorgehen, ſie muß die Behauptung einer Thatſache enthalten, welche auf die nämliche Art, wie das rechtskräftige Urtheil und der Vergleich, den Rechtsſtreit beendigt, auch den Prozeß zum Vortheile des Beklagten ſo aufheben, daß er ſich darauf, wie auf eine res judicata, berufen kann. IV. Zu ſolchen Einreden gehört 1) die Einrede der Entſagung des Streites von Seite des Klägers (exceptio litis renunciatae). 2) Die Einrede, daß die bereits einmal gerichtlich erhobene und nachher wieder liegen gebliebene Klage, oder der Rechtsſtreit darüber, verjährt ſey (exceptio litis praescriptae) und 3) unter gewiſſen Bedingungen, obwohl ſelten, die Einrede des abgeſchworenen Eides (exceptio jurisjurandi). V. Daß nur dieſe Einreden hierher gehören, zeigt ſich ſofort, wenn man erwägt, daß a), ſchon grammatikaliſch ausgelegt, das Wort finitae in dem C. 1. de litiscont. in 6to darauf paſſe; denn bei allen dieſen Einreden behauptet der Beklagte nicht eine Beendigung des Rechtes, ſondern des Streites ſelbſt; es iſt daher wahre exceptio litis finitae da. b) Auch der Zuſammenhang mit der exceptio rei judicatae und rei transactae ſpricht für dieſe Meinung. Das Geſetz kann unter exc. rei finitae keine andere Einrede verſtanden haben, als eine ſolche, welche eben ſo, wie die exc. rei judic. beſchaffen iſt. c) Auch der Inhalt der römiſchen Geſetzesſtelle, worauf die canoniſche geſehen zu haben ſcheint, unterſtützt die Auslegung; finita, ſagt das Geſetz vel consensu, d. h. durch Entſagung, vel longo silentio sopita, d. h. durch Verjährung und Liegenlaſſen des Streites. d) Die Anſicht der Gloſſatoren und des Speculators Durand zeigt, daß auch in früherer Zeit nur die erwähnten Einreden zu den nach C. 1. de litiscont. in 6to privilegirten gerechnet worden ſeyen, und die von ihnen angegebene ratio legis, daß eine controversiae finitae, oder lites sopitae, nicht wieder aufgewärmt und hervorgezogen werden, paßt völlig auf die oben genannten Einreden, bei welchen ſich auch ſehr gut nachweiſen läßt, warum der Geſetzgeber nur dieſe Einreden aus der Klaſſe der peremtoriſchen hervorheben und privilegiren wollte; denn alle dieſe ſetzten ſchon einen einmal, wenn auch nur kurz begonnenen, Rechtsſtreit voraus; hier fand es das Geſetz hart, den Beklagten, der ohnehin ſchon einmal alle Mühen eines Rechtsſtreites übernommen hatte, wie-

derholt zu einem neuen Streite zu nöthigen, um so mehr als jede dieser Einreden von der Art ist, daß sie ihrer Natur nach schon schnell und gewöhnlich durch eine einfache Urkunde zu beweisen ist, und keinen langen Streit nur möglich macht, indem hier nicht mehr, wie bei einer gemeinen peremtorischen Einrede, über die Wirkung der Einrede auf die Befreiung des Beklagten und auf das Urtheil gestritten werden kann, sondern die Abweisung des Klägers sogleich sich rechtfertigt, wenn die Einrede bewiesen ist.

Zu diesen Einreden rechnet endlich noch Gerstending [26], welcher ganz irrig annimmt, daß diese Einreden von der Litiscontestation völlig befreiten, auch noch die Einrede, daß das Object, worüber gestritten wird, gänzlich zu Grunde geht. Nun ist es zwar richtig, daß dadurch das Rechtsverhältniß aufgehoben und daher der Proceß leicht und schnell aufgehoben werden kann, d. h. daß das richterliche Urtheil erleichtert wird; allein deswegen ist diese Einrede doch nur peremtoria communis, und gehört nicht zu den im Sinne des canonischen Rechts begründeten exceptionibus litis finitae, da sie theils häufig schwierigen Beweis fordert, theils neuen Streit über die Art und Beschaffenheit des Untergangs und über die Entschädigung erzeugt, und auf keinen Fall eine exceptio controversiae finitae im bisherigen Sinne ist.

§. 8.

Ueber alle die eben angeführten Einreden sind jedoch einige Bemerkungen nicht überflüssig. 1. Bei der Anwendung der Einrede des **rechtskräftigen Urtheils** ist 1) wohl Rücksicht darauf zu nehmen, ob die Einrede einem Kläger entgegengesetzt wird, auf welchen die in einem andern Processe ausgesprochene Rechtskraft auch sich beziehen kann [27]? und ob, wenn auch der nämliche Kläger da ist, der Rechtsstreit selbst genau der nämliche ist [28], wobei besonders die Grundsätze über Klageänderung zur Anwendung kommen [29]. Nur insoferne, als die Rechtskraft genau auf die einzelne angestellte Klage wirkt, und 2) zugleich das Urtheil in dem Lande, in welchem der neue Proceß geführt wird, oder nach den Landesgesetzen auch das

---

26) In d. Irrthümern der Rechtsgelehrten S. 161.

27) Martins Lehrbuch des bürgerlichen Processes §. 110.

28) L. 27. D. de exc. rei judic.

29) Bayer über die Aenderung des Klaglibells. Landshut 1818.

ausländiſche Urtheil vom Richter beachtet werden darf [30]), kann die Einrede die Kraft einer proceßhindernden haben. II. Die Einrede des Vergleichs, welchen das Geſetz [31]) ausdrücklich der Rechtskraft gleichſtellt, wirkt nur inſoferne der Vergleich nach den beſtimmten Vorſchriften, welche in den meiſten Ländern dafür vorgeſchrieben ſind, rechtlich gewürdigt wird. III. Die Einrede der Entſagung, durch welche der Entſagende ſich allen Folgen des verlornen Rechtsſtreits unterwirft [32]), gilt als proceßhindernd nur gegen denjenigen, der ſich durch Entſagung ſchaden konnte. IV. Bei der Einrede der Verjährung iſt wohl die Verjährung der Klage von der des Rechtsſtreites zu trennen; die erſte giebt nur einfache peremtoriſche Einrede, die zweite, da ſie den Streit als ſolchen aufhebt, wenn 40 Jahre ſeit der letzten gerichtlichen Verhandlung verfloſſen ſind (longo silentio sopita) [33]), gilt allein als proceßhindernd. V. Am ſchwierigſten iſt die exceptio jurisjurandi. Schon die Gloſſatoren haben über dieſe Einrede geſtritten, obwohl der allgemeine Ausſpruch des römiſchen Rechts [34]) dem Eid das Anſehen der Rechtskraft giebt. Richtiger wird man den gerichtlichen und außergerichtlichen Eid unterſcheiden. A) in Anſehung des erſten dürfte erwogen werden, daß a) derſelbe im Leben wohl ſo ſelten vorkömmt, daß die Frage in Beziehung auf ihn höchſt unpraktiſch erſcheint [35]); b) kömmt dieſer Eid aber auch vor, ſo kann er blos als ein Vergleich beurtheilt werden, und erſcheint höchſtens als Beſtärkung des Vergleichs; c) in dieſem Falle aber würde vorzüglich darauf zu nehmen ſeyn, ob beide Parteien auch die Abſicht hatten, durch gegenſeitige Verabredung den Eid als Vergleichsmittel gelten zu laſſen. Oft erbietet ſich eine Partei vor dem Ausbruche des Streites zu ſchwören, die Andere läßt es zu, ohne die Abſicht zu haben, Alles von dem Eide abhängig zu machen [36]). Iſt

---

30) Martin Lehrbuch §. 110. Note w.

31) L. 10. Cod. de transact.

32) Kind quaest. for. tom. III. c. 95. 96.

33) L. fin Cod. de praesc. vel 40 annor.

34) L. c. D. de jurejur.

35) Nach der Ausſicht mancher Juriſten, Voet. Com. ad Pand. ad tit. de jurejur. §. 31. Malblanc. de jurejur. §. 41. hat der außergerichtliche Eid keinen praktiſchen Werth.

36) In einem Falle, in welchem mit der fürſtlichen Kammer zu B. der Bürger A. ſtritt, und ſich darauf berief, daß in dem

a) der Eid als Art des Vergleichs zu betrachten, so richtet er sich dann auch nach allen Bedingungen, welche zur Gültigkeit des Vergleichs häufig nach Landesgesetzen gehören. b) In allen Fällen aber kann der aus dem außergerichtlichen Eide abgeleiteten exceptio jurisjurandi noch so viel entgegengesetzt werden, indem über animus transigendi, über Form, Auslegung u. dgl., gewöhnlich Streit entsteht, daß man diese exceptio nicht wohl als exceptio controversiae finitae betrachten kann. B) Der gerichtliche Eid kann a) nicht als species transactionis angesehen werden, sondern erscheint probationis causa geschworen als ein Beweismittel. als solches aber endiget er den Proceß nicht unmittelbar, sondern verlangt erst richterliches Urtheil über die Rechtssache und über den Einfluß des Beweismittels, so daß nicht der Eid, sondern nur das darauf gebaute Urtheil, erst den Streit endiget. b) Dies ist um so mehr der Fall, als der Eid oft nicht den ganzen Rechtsstreit abschneidet, indem der Schwörende nicht erklärt, daß er die Forderung seines Gegners anerkenne, sondern nur über eine Thatsache sich erklärt, woraus der Richter erst den für die Urtheilsfällung nöthigen Schluß ableitet, so daß das Endurtheil immer nothwendig bleibt, was c) auch dem Gange des heutigen Processes gemäß ist, nach welchem die Execution vom Richter nur auf ein rechtskräftiges Urtheil verfügt wird.

§. 9.

Zu den Bedingungen, unter welchen überhaupt eine der oben bezeichneten Einreden proceßhindernd seyn kann, rechnet man gewöhnlich, daß der Beklagte sogleich die vorgetragene Einrede liquid mache, und daher den vollen Beweis derselben beifüge. Wäre diese Behauptung gegründet, so müßte man auch fordern, daß im Falle des Nichtdaseyns der Liquidität der Richter den Beklagten mit seiner Einrede sogleich zurückzuweisen, und ihm reine Einlassung auftragen sollte. Allein es läßt sich nicht darthun, daß die Gesetze die Liquidität als Bedingung gefordert haben; denn a) auf eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift können auch die Anhänger dieser Meinung sich nicht berufen, und der Richter kann keine Bedingung, deren das Gesetz nicht er-

---

Heumagazine, woraus auf Befehl der Kammer in Kriegszeiten Heu genommen wurde, 1000 Centner Heu gewesen seyen, hatte sich auch bei den Vergleichsunterhandlungen A. zum Ende über das Daseyn der 100 Centner erboten. Die Kammer gab darauf keine Antwort, A. beschwor es aber. In dem späteren Processe wollte er behaupten, daß das Daseyn der 100 Centner schon durch den Eid rechtskräftig hergestellt sey.

wähnt, vorſchreiben; b) alle dieſe Einreden ſind nach dem Geſetze eben ſo, wie andere dilatoriſche Einreden, zu behandeln; ſo wenig nun der Beklagte ſchuldig iſt, ſogleich mit dem Vortrag einer jeden verzögerlichen Einrede die Beweiſe derſelben zu verbinden [37]), eben ſo wenig kann er hierzu bei dem Vorbringen der proceßhindernden Einreden verbunden ſeyn, um ſo weniger, als c) ſelbſt bei den Gerichtsablehnenden Einreden der Beklagte den Beweis derſelben nicht in continenti zu liefern hat, ſondern der Richter im Falle ihres Vorbringens dem Beklagten erſt Beſcheinigung oder Beweis auflegt. d) Dagegen läßt es ſich aber wohl begreifen, warum man die Liquidität forderte; man dachte ſich nämlich dieſe proceßhindernden Einreden als ſo ſehr privilegirt, daß ihr Vorbringen den Beklagten von jeder Einlaſſung in den Streit befreite; um daher das Privilegium nicht zu ſehr auszudehnen, hielt man es für Pflicht, die Einreden, um ihren häufigen Gebrauch zu erſchweren, an möglichſt viele Bedingungen zu knüpfen, unter welchen man die Forderung der Liquidität für beſonders zweckmäßig zur Verhinderung des Mißbrauchs hielt; da aber nach der bisherigen Darſtellung dieſe Anſicht unrichtig iſt ſo gewinnt auch die geforderte Bedingung eine andere Geſtalt.

Wenn nun zwar der ſchleunige Beweis bei dieſen Einreden nicht geſetzlich gefordert iſt, ſo iſt es doch ſehr rathſam, daß der Beklagte, wenn er ſolche Einreden vorbringt, den erforderlichen Beweis beifüge, was ohnehin ſehr leicht iſt, indem die oben genannten, wahrhaft hierher zu rechnenden, Einreden ſich immer auf eine Thatſache ſtützen, welche durch eine Urkunde ohne Schwierigkeit bewieſen werden kann, z. B. das rechtskräftige Urtheil, oder der Vergleich. Durch das Hinzufügen des Beweiſes gewinnt aber der Beklagte an Zeit, und erſpart Koſten, er ſetzt den Richter in den Stand, das Gewicht der Einreden ſogleich zu prüfen, und vermeidet dadurch, daß der Richter genöthigt wird, durch koſtſpielige Decrete erſt Beweisführung aufzutragen.

§. 10.

Was die Art des Vorbringens der in Frage ſtehenden Einreden in der Exceptionsſchrift betrifft, ſo dürfen auch darüber einige Bemerkungen nicht überflüſſig ſeyn. 1) Am zweckmäßigſten wird der Beklagte, wenn er eine ſolche Einrede hat, ſie an der Spitze ſeiner Vertheidigung vor der Einlaſſung und vor allen übrigen Einreden vortragen, und zwar 2), wie bei dem

37) Martins Lehrbuch des bürgerl. Proc. §. 145. Note n.

Vortrage jeder andern Einrede, die Geſchichtserzählung, den Grund der Einrede, und die Bitte abgeſondert darſtellen, wobei zu rathen iſt, beſonders umſtändlich alle weſentlichen Thatſachen anzuführen, durch deren vollſtändige Kenntniß der Richter in den Stand geſetzt wird, den Werth und das Verhältniß der Einrede zu prüfen, z. B. bei der exc. rei judicatae, wenn der vorausgegangene Rechtsſtreit, der Gang deſſelben u. a. erzählt wird. 3) Nothwendig iſt es, daß der Beklagte die Einrede ausdrücklich als proceßhindernde aufführt, mit der Erklärung, daß er ſie als ſolche vorbringe, damit der Richter nicht durch ein oberflächliches Decret ſie als einfach peremtoriſche behandle. 4) In Anſehung der Bitte iſt es nicht zweckmäßig, wenn der Beklagte die Bitte ſtellt, daß er von der Einlaſſung auf die Klage befreit werde; denn eine ſolche Verfügung iſt auch die Folge einfach verzögerlicher Einreden; die proceßhindernde Einrede hat aber eine gemiſchte Natur, ſie iſt peremtoriſch ihrem Weſen nach, und nur in Anſehung der proceſſualiſchen Behandlung dilatoriſch; es rechtfertigt ſich alſo hier die Bitte um richterliche Entſcheidung, wie ſie der peremtoriſchen Einrede correſpondirt, daher um Abweiſung des Klägers mit ſeiner unſtatthaften Klage, oder um Entbindung von der Klage. 5) Daß es zweckmäßig ſey, dem Vorbringen der Einrede auch ſogleich den Beweis derſelben hinzuzufügen, iſt bereits §. 9 angeführt worden; in dieſem Falle muß der Beklagte auch eine Proceßbitte um richterliche Verfügung auf den Beweis ſtellen. 6) Nach dem Vortrage der proceßhindernden Einrede iſt die eventuelle Litisconteſtation ganz auf die Weiſe, wie es ſonſt bei dilatoriſchen Einreden geſchieht, aufzuſtellen. 7) Vorausgehen ſoll aber dieſer noch das Vorbringen aller dilatoriſchen Einreden, welche der Beklagte in dem Falle, wenn er keine proceßhindernde Einrede hätte, vortragen würde. Wenn es zwar auch ſcheint, daß der Vortrag dieſer Einreden überflüſſig iſt, indem der Beklagte, wenn die proceßhindernde Einrede als genügend befunden wird, doch von jeder Litisconteſtation und von jedem weitern Streite befreit wird, ſo muß man doch rathen, alle dilatoriſchen Einreden, die in dem Falle begründet ſind, anzuführen, da a) der J. N. A. [38]) ausdrücklich fordert, alle verzügliche oder andere dergleichen Einreden auf dieſem erſten Termin praeciſe alle ſämtliche miteinander vorzubringen; da b) dies Vorbringen dem Geiſte der Eventualmaxime völlig gemäß iſt, und c) der Beklagte im Falle, wenn die proceßhindernde Einrede als ſolche nicht

38) J. N. A. §. 38.

anerkannt wird, muthwillig den Proceß ſich verzögert, indem er dann erſt darthun muß, was er ſogleich Anfangs leicht hätte thun können. 8) Nach der Litiscontestation trägt der Beklagte alle übrigen peremtoriſchen Einreden vor. Zwar ſcheint auch dies überflüßig, beſonders dann, wenn der Beklagte ganz überzeugt iſt, daß er mit der proceßhindernden Einrede ſiegen und die Abweiſung des Klägers bewirken werde; in dieſem Falle kann der Beklagte es wohl wagen, die peremtoriſchen Einreden wegzulaſſen, ſobald er dagegen nur einen Zweifel hat, ob die proceßhindernde Einrede genüge, iſt es rathſam, um jeder möglichen nachtheiligen Folge zu entgehen, die peremtoriſchen Einreden anzuführen, zu welchen dann die proceßhindernde Einrede ſich gleichfalls geſellt, indem ſie, wenn ſie auch nicht als proceßhindernde gilt, doch ihre Natur als peremtoriſche nicht verliert *).

§. 11.

In Bezug auf die Verfügung des Richters auf die Exceptionsſchrift, in welcher eine proceßhindernde Einrede vorgebracht iſt, gelten nachſtehende Grundſätze: 1) die Reichsgeſetze gebieten, jede ſolche Einrede wie jede andere dilatoriſche zu behandeln, der Richter verfügt daher auf ſie eben ſo, als wie er auf verzögerliche Einreden decretirt. 2) Allein das richterliche Verfügungsamt wird hier eingreifender; während es bei dilatoriſchen Einreden darauf ankömmt, den Beklagten vorläufig und ſo lange von dem Streite zu befreien, bis dem gerügten Mangel abgeholfen iſt, will der Beklagte durch die proceßhindernde Einrede gänzliche Entbindung von der Klage, wie es ſonſt bei peremtoriſchen Einreden eintritt; das richterliche Decret muß daher alle ſolche Verfügungen hier enthalten, wodurch er in den Stand geſetzt wird, ein definitives Urtheil über das Rechtsverhältniß zu fällen. 3) Der Wunſch der Geſetzgebung, daß der Beklagte, wenn er eine wahre proceßhindernde Einrede hat, nicht mit einem neuen Rechtsſtreite beläſtigt werde, ſondern ſich definitive frei machen könne, verpflichtet den Richter, die ganze Verhandlung blos auf die proceßhindernde Einrede, ihren Beweis und ihren Einfluß zu beſchränken, das Hauptverfahren über Litiscontestation, und peremtoriſche Einreden zu ſuspendiren, und den Beklagten zu keiner Verhandlung zu nöthigen, welche überflüſſig wäre, wenn die proceßhindernde Einrede als ſolche anerkannt wird. 4) Dagegen aber fordert die Eventualmaxime, daß ungeachtet der proceßhindernden Einrede der Richter jede Verfügung erlaſſe, welche zur Fortſetzung des Streites, im Falle der Nichtanerkennung der proceßhindernden Ein-

*) S. dieſes Archiv, Heft III. S. 368.

rede, nothwendig ist, den Kläger betrifft, ohne dem Beklagten eine neue Last aufzulegen.

Nach diesen Grundsätzen lassen sich die verschiedenen richterlichen Verfügungen leicht angeben. 1) Da das Gesetz nicht zugeben kann, daß unter dem Scheine proceßhindernder Einreden das Verfahren zum Nachtheile des Klägers verzögert werde, so hat der Richter vor allem die Pflicht, zu prüfen, ob die vorgebrachte proceßhindernde Einrede wahrhaft im bisher dargestellten gesetzlichen Sinne als solche gelten könne; sobald er nun findet, daß in keinem Fall, auch wenn noch andere Bedingungen nachgetragen würden, die Einrede eine proceßhindernde ist, wenn z. B. sie nur einfach peremtorisch ist, so ist es Pflicht, lieber sogleich den Beklagten mit seiner als proceßhindernd unstatthaften Einrede abzuweisen, und ihn zur unbeschränkten Litiscontestation anzuweisen [39]).

2) Sobald dagegen die Einrede im Allgemeinen die gesetzlich geforderte Natur an sich trägt, und zu den oben aufgezählten gehört, muß der Richter die Einredeschrift dem Kläger zur Abgabe seiner Erinnerung binnen einem abgekürzten Termine über die proceßhindernde Einrede mittheilen; 3) nicht zu rechtfertigen wäre es, wenn der Richter ohne diese Mittheilung sogleich den Kläger abwiese, auch wenn die Einrede, z. B. des rechtskräftigen Urtheils, noch so klar und völlig bewiesen erscheint, da sie immer ein neuer Angriff ist, über welchen der Kläger gehört werden muß, und häufig erst die Antwort des Klägers eine ganz unerwartete neue Ansicht entwickelt, daher sich der Richter eines voreiligen Urtheils schuldig machte. 4) Eben so wenig wäre es zu rechtfertigen, wenn der Richter die ganze Schrift blos ad replicandum mittheilte, da hierdurch theils zum Nachtheile des Beklagten die Entscheidung über die proceßhindernde Einrede verhindert oder verzögert, der Kläger zu häufig unnöthigen Handlungen gezwungen und ein immer doch lückenhaftes und unvollständiges Verfahren eingeleitet würde, indem noch keine litiscontestatio juris da ist, und der Beklagte vielleicht seine peremtorischen Einreden nicht vorgetragen hat, so daß der Kläger doch nie vollständig repliciren könnte. 5) Vorzüglich wird man unterscheiden müssen, ob der Beklagte seiner proceßhindernden Einrede sogleich den Beweis hinzugefügt hat, oder nicht. Im ersten Falle muß die Einrede zur Erinnerung hinausgeschlossen und auf den angetretenen Beweis eben so verfügt werden, wie auf anticipirten Beweis verfügt wird; ist daher Urkundenbeweis angetreten, so ist der Kläger auch

39) Andere Meinung bei Gönner l. c. S. 252.

zur Erklärung hierüber mit Beifügung der Strafe der Gesetze aufzufordern. 6) Dagegen ist es nicht zu billigen, wenn der Richter, ohne erst die Erinnerung des Klägers über die Einrede aufzutragen, sogleich eine commissio ad recognoscendum vel diffitendum ansetzt, da diese Verfügung zu sehr die Natur des ohne Noth und ohne gesetzliche Verfügung nicht auszudehnenden Executivprocesses an sich trägt, und gegen den Grundsatz, daß zuerst über jeden neuen Angriff der Gegner gehört werden muß (reus excipiendo fit actor) verstößt. 7) Hat der Beklagte die proceßhindernde Einrede, ohne den Beweis derselben zu antipiciren, angeführt, so ist bloße Mittheilung an den Kläger zur Abgabe der Erinnerung am zweckmäßigsten; nicht rathsam wäre es aber, ohne Mittheilung an den Kläger, vorerst dem Beklagten aufzutragen, den Beweis der Einrede beizubringen, weil durch diese Verfügung die Einrede schon anerkannt würde, ehe noch der Kläger sich darüber erklärt hat, und daher oft ein ganz unnöthiger Beweis aufgetragen wurde, wenn die Antwort des Klägers den Ungrund der Einrede darthut. 8) Hat der Beklagte neben der proceßhindernden Einrede auch dilatorische Einreden, z. B. wegen mangelnder Legitimation, oder Caution vorgebracht, und betreffen diese Einreden die Rüge gewisser Punkte, ohne welche überhaupt eine Streitsführung nicht zulässig ist, oder Fehler, ohne deren Abhülfe der Beklagte zu irgend einem Streit nicht genöthiget werden kann, so ist es gewiß Pflicht des Richters, auch sogleich über die dilatorischen Einreden zu verfügen, und z. B. dem Kläger die Einbringung der nöthigen Vollmacht oder dergleichen aufzutragen. 9) Ueber die eventuelle Litiscontestation, und über die vorgebrachten peremtorischen Einreden wird noch gar nichts verfügt, da erst die Entscheidung über die peremtorischen Einreden lehren muß, inwieferne eine Verfügung darüber nöthig ist. 10) Wenn der Beklagte, der eine proceßhindernde Einrede vorbrachte, die vorgeschriebene eventuelle Litiscontestation unterlassen hat, so scheint es doch zweckmäßig zu seyn, wenn der Richter die Einredeschrift dem Kläger mittheilt, ohne den Mangel der Litiscontestation zu rügen, da die Einrede, wenn sie anerkannt wird, ohnehin von jeder Einlassung befreit, und noch immer Zeit genug ist, eine Verfügnng zu erlassen, wenn die Einrede als proceßhindernd verworfen werden sollte. Allein a) nach deutlicher Bestimmung der Gesetze [40]) muß mit den dilatorischen, und daher auch mit der gleichgestellten proceßhin-

40) J. R. A. §. 40.

dernden Einrede, eventuelle Litiscontestation verbunden werden; wer diese Vorschrift nicht befolgt, ist ungehorsam, und es kann b) die Billigkeit, welche für die entgegengesetzte Meinung spräche, nicht in Betrachtung kommen, so lange Richter da sind, die Achtung vor dem Gesetze haben; c) die Unterlassung der Litiscontestation ist um so mehr zu rügen, als die Streitseinlassung dem Beklagten nicht nachtheilig, dem Richter aber in den meisten Fällen nothwendig ist, um das wahre Verhältniß der vorgeschützten Einrede zum vorliegenden einzelnen Rechtsstreite beurtheilen zu können. Darnach muß der Richter, wenn eine proceßhindernde Einrede ohne eventuelle Litiscontestation vorgeschützt ist, dem Beklagten vor Mittheilung der Schrift auftragen, in bestimmter Zeitfrist nach Vorschrift der Gesetze litem zu contestiren, widrigenfalls seine Einrede, als proceßhindernd, nicht beachtet werden könnte [41]). 11 Wenn der Beklagte zwar eventuelle Litiscontestation vorgebracht, aber die übrigen peremtorischen Einreden nicht vorgetragen hat, so wird noch die Frage bedeutend, ob er mit diesen nicht vorgeschützten Einreden präcludirt sey? Wird die Einrede als proceßhindernd anerkannt, so kömmt es auf die Frage nicht weiter an; wenn aber die Einrede als proceßhindernd verworfen wird, darf der Richter die darnach erst vortragenen Einreden noch beachten? Die Frage muß bejaht werden, und das richterliche Decret, in welchem die Einrede als proceßhindernd verworfen wird, muß mit der Vorschrift pure litem zu contestiren, auch den Auftrag enthalten, in gewisser Zeitfrist, die dem Beklagten etwa zustehenden peremtorischen Einreden vorzubringen; eine frühere Präclusion läßt sich aber nicht rechtfertigen, da a) durch die Vorbringung der einen dilatorischen Einrede gleichgesetzten proceßhindernden eine Suspension des Erkenntnisses über die Hauptsache und das Hauptverfahren entsteht, und dadurch der Beklagte berechtigtigt wird, mit der Vorbringung seiner Vertheidigung auf die Hauptsache zu warten, da b) es gewiß Nachsicht verdient, wenn der Beklagte darauf traut, mit seiner Einrede des rechtskräftigen Processes durchzukommen, und c) die Gesetze, ehe sie einen so harten Ausspruch, wie die Präclusion der Einreden ist, mit der dem gemeinen Processe eigenen Humanität eine weitläufige Warnung und Androhung der Strafe von Seite des Richters rechtfertigen.

§. 12.

Was das Verhältniß des Klägers, welchem eine proceßhindernde Einrede entgegengesetzt ist, angeht, so entschei-

41) Goldschmidt von Litiscontestation S. 65.

den darüber die Sätze: 1) er hat nicht nöthig, in der Hauptsache zu repliciren, 2) seine Vertheidigung beschränkt sich nur auf die Pflicht, sich über die proceßhindernde Einrede zu erklären. 3) Vorzüglich wird in Bezug darauf der Kläger prüfen, inwieferne die vorgebrachte Einrede wirklich als proceßhindernd gelten könne, und, im Falle der Unzulässigkeit, gegen das weitere Verfahren über die Einrede protestiren, das Gesuch aber auf Einleitung des Hauptverfahrens stellen. 4) Auf gleiche Art wird die Prüfung wichtig, inwieferne die Einredeschrift die formellen Erfordernisse an sich trägt, z. B. Litiscontestation, fehlt hier etwas, so wird der Kläger den Ungehorsam des Beklagten anklagen, und um die richterliche Verfügung hierauf bitten. 5) Ist nichts zu rügen, so muß sich der Kläger über die Einrede selbst nach dem Grundsatze: rem excipiendo fit actor erklären, und auf analoge Art, wie der Beklagte litiscontestirt, angeben, inwieferne er die der Einrede zum Grunde liegenden factischen Umstände läugne oder gestehe. 6) Er kann aber auch der Einrede eine Replik entgegensetzen, z. B. daß der Vergleich erzwungen worden sey. In diesem Falle ist es räthlich, den Beweis der Replik sogleich zu antipiciren, damit Zeit gewonnen, und der vom Beklagten zu führende Beweis gemeinschaftlich mit dem des Klägers geprüft werde. 7) Hat der Beklagte den Beweis seiner Einrede anticipando vorgebracht, und ist der Kläger zur Erklärung vom Richter aufgefordert worden, so darf diese ja nicht vom Richter vernachlässiget werden, damit nicht eine Strafe der Anerkennung folge, auch ist zu rathen, den Gegenbeweis sogleich mit anzutreten. 8) Ueber die Hauptsache hat sich der Kläger dagegen nicht zu erklären, und seine Replikschrift abzugeben, da der Beklagte sich doch nicht vollständig erklärt hat, und erst die richterliche Verfügung abzuwarten ist, nur dann, 9) wenn der Kläger sieht, daß der Beklagte mit seiner exceptio nicht ausreicht, und sicher abgewiesen werde, kann er, wenn die eventuelle Litiscontestation vorhanden ist, und die peremtorischen Einreden vorgebracht sind, in der Hauptsache verhandeln, damit keine Zögerung entsteht, und alles schon vorbereitet ist, wenn der Richter den Beklagten mit der proceßhindernden Einrede abweiset.

§. 13.

Das weitere Verfahren des Richters auf die eingereichte Erklärung des Klägers ist verschieden nach der Beschaffenheit der Anträge des Klägers. 1) Hat der Kläger die Thatsachen, worauf die Einrede sich gestützt, geläugnet, ohne eine Replik beizufügen, und ist die Einrede sonst als proceßhindernd zu betrachten, so ergeht der Auftrag an den Beklagten,

die Einrede zu beweiſen, oder beſſer zu beweiſen. 2) Ergiebt ſich aus der Erklärung des Klägers die Unzuläſſigkeit der Einrede als proceßhindernd, ſo hat der Richter den Beklagten mit der proceßhindernden Einrede abzuweiſen, und zum Verfahren in der Hauptſache anzuhalten, damit nicht durch längeren Schriftenwechſel der Proceß verzögert werde. 3) Findet der Richter, daß die Rügen und Anklagen des Klägers in Bezug auf formelle Unterlaſſungen des Beklagten gegründet ſeyen, ſo trägt er dem Beklagten die Ergänzung des Fehlenden auf. 4) War der Beweis der Einrede vom Beklagten bereits angetreten, ſo erläßt der Richter die zur Vollführung des Beweiſes nöthigen Verfügungen. 5) Hat der Kläger eine Replik entgegengeſetzt, ſo wird der Fall ſchwieriger [42]). Häufiger kömmt dies vor, wenn ein Gerichtshof die Theorie annimmt, nach welcher jede Einrede, wenn ſie nur liquid iſt, proceßhindernd ſeyn kann.

Entweder kann der Richter den Beklagten, wenn er nur ſeine Einrede bewieſen hat, losſprechen und den Kläger mit der Replik ad separatum verweiſen, oder den Beklagten zur Litiscontestation anhalten, oder den Kläger zum Beweiſe der Replik zulaſſen. — Die erſte Art trägt die Natur des Executivproceſſes an ſich, hat die oben geſchilderten Nachtheile, und verſtößt gegen den Grundſatz, daß über die Einrede und über die Klage definitive entſchieden werde. Nimmt man an, daß eine wahre proceßhindernde Einrede entgegengeſetzt iſt, ſo kann die Verhandlung nur auf die proceßhindernde Einrede und die ihr entgegengeſetzte Replik beſchränkt werden; hat der Kläger, ohne Beweis zu anticipiren, Replik angeführt, ſo kann der Richter nur die Schrift zur Abgabe der Schlußerinnerung dem Beklagten hinausſchlieſſen; iſt der Beweis anticipirt, ſo wird damit auch der Auftrag, über den Beweis ſich zu erklären, verbunden. Ein Interlocut auf Beweis aber, oder ein Definitivurtheil, iſt nicht zuläſſig, da dem Beklagten nicht gewehrt werden kann, vorerſt noch ſeine Duplik gegen die Replik anzuführen, z. B. der Beklagte erklärt, daß der Vergleich, gegen welchen Kläger die Replik des Zwangs offerirte, ſpäter vom Kläger noch beſtätigt und wiederholt worden ſey.

Liegt dann vor dem Richter Einrede, Replik und Duplik, ſo iſt er im Stande, über das ganze Rechtsverhältniß vollſtändig und erſchöpfend zu entſcheiden, und es werden hier vier Fälle vorkommen. 1) Entweder zeigt ſich, daß die proceßhindernde Einrede nicht die Wirkung einer ſolchen habe, daß z. B.

---

42) Näher iſt dieſer Fall erörtert, aber nicht richtig entſchieden in Lauk, obs. for. I.

das frühere rechtskräftige Urtheil auf die ſpäter angeſtellte Klage ſich gar nicht beziehe. In dieſem Falle weiſet der Richter den Beklagten mit der Einrede, als proceßhindernd, ab, und trägt ihm, pure litem zu conteſtiren, auf. 2) oder die Einrede erſcheint als gegründet, aber der verſuchte Beweis des Beklagten iſt mißlungen, oder durch die völlig erwieſene Replik widerlegt, in dieſem Falle tritt Entſcheidung wie im erſten ein. Oder 3) die Einrede gehört zu den proceßhindernden, aber ſie iſt noch nicht bewieſen, oder es bedarf die darauf ſich beziehende Replik oder Duplik des Beweiſes; hier muß der Richter auf Beweis interloquiren. Oder 4) die Einrede iſt völlig gegründet und bewieſen, und nicht widerlegt, dann tritt völlige Abweiſung des Klägers mit ſeiner Klage ein.

Nicht zu läugnen iſt zwar, daß dieſe, den Geſetzen völlig gemäße, Verhandlung nicht ſelten zur Proceßverzögerung gemißbraucht werden kann, und oft doppelte Beweisperioden herbeiführt; allein iſt ein Richter thätig, welcher ſeine Pflicht als Proceßdirigent kennt, welcher ſogleich Anfangs keine Einrede, die nicht im geſetzlichen Sinne zu den proceßhindernden gehört, zuläßt. und die Verhandlungen immer nach dem wahren Geſichtspunkte leitet, ſo wird die Verzögerung doch ſelten vorkommen, und wenn ſie auch ſcheinbar da iſt, durch das Streben der Geſetzgebung, dem Beklagten, für welchen eine der oben geſchilderten Einreden ſpricht, die ſchnellſte Befreiung von der Einlaſſung in den Rechtsſtreit möglich zu machen, gerechtfertigt werden.

XXXII.

Auch einige Nothworte, als Vorworte, über die proceßverhindernden Einreden.

Von Gensler.

Gönner [1]) vernachläßigte die Geſchichte der von der Einlaſſung bedingt befreienden, den factiſchen Klaggrund in deſ-

1) In dem Handbuch u. ſ. w. B. 4. Abh. 78. Dem Reſultat nach ſtimmt mit ihm überein Grolmann, in der Theorie des gerichtl. Verf. in bürgerl. Rechtsſt. §. 245.